

刑事判例研究 (七)

業務上過失致死罪(過失不作為)

の共同正犯の成立が否定された事例――

長井 圓

越谷簡裁昭和五一年一〇月二五日判決(昭和五一年(3)第六号業務上過失致死被告事件) 判例時報八四六号一二八頁―無罪・確定

〔事實〕 被告人Xは、A社の代表取締役としてアドバルーン広告・宣伝に関する一切の業務に従事する者であるが、B社より分譲住宅を売出中である旨のアドバルーンによる広告の依頼を受け、昭和五〇年四月二五日、従業員Yとともに本件現場にアドバルーン掲揚のための資材を搬入し、右Yに対し、四月二七日・二九日の両日アドバルーンを掲揚すること、同月二八日アドバルーンを繫留する場合は監視することを指示して、その日は別れた。なお、Xは、同月二七日昼頃から長野県へ出張し、二八日本件事故後現場に来るまでの間一度も右現場へ来たことがなく、アドバルーンの繫留について報告を受けていなかった。

Yは、四月二七日、再び右現場に赴き、アドバルーンに水素

ガスを充填して同所で掲揚し、同日午後五時頃、二箇所杭を打って右アドバルーンを引き降ろし、右杭と鉄製格子塀の下部に網を固定しこれで上部を覆って、水素ガスを抜かないで地上に繫留して帰宅した。そのことは、Xが出張で不在のため、Xの妻に電話で連絡した。翌二八日、Yは右アドバルーンを地上に繫留のまま、そこから徒歩で四、五〇〇メートル離れた別の場所アドバルーンを掲揚し、本件現場には事故発生時まで四回監視に訪れたが、附近には子供の姿は見受けられなかった。同日午後四時頃、四度目に繫留場所を訪ねたところ、繫留中のアドバルーンが潰れているのを発見し、調べたところ水素ガス注入口附近が破られ、中に子供が二人入っていることを発見し、附近にあったB社の事務所に連絡して救出措置を講じたが及ばず、K(当時六年)・M(当時六年)の両名が酸素欠乏症により死亡するに至った。

越谷簡裁は、次の理由により、被告人を無罪とした。

〔判旨〕 一「過失の共同正犯も正犯であるから、一個の犯罪実現に数人の行為者があつた場合彼等を共同正犯とするためには、当該犯罪が彼等の共同で実行されたという評価がなされなければならず、この場合共同実行という概念には次の二つの型が考えられる。それは、共同行為者のおのおのが他人の協力を待つまでもなく彼自身の行為によってそれぞれ当該犯罪構成要件に予定された実行々為を完成するいわゆる不真正の共同正犯と共同行為者が共同することによって一体となつてはじめて実行々為が完成するいわゆる真正の共同正犯である。(同旨内田文昭著刑法における過失共働の理論五頁参照) 両者とも、共同で犯罪を実行しようという相互的な意思の連絡なしには共同正犯は成立しないが、過失犯の特質から考えて、共同で犯罪を実行しようという相互的な意思の連絡なしでも、共同行為者のそれぞれが各自不注意な行為に出でてそれぞれの不注意が相互に影響しあうことにより全体として一個の不注意が形成され、それにもとづく結果が発生したという評価が成立すると思われる。(同旨法学教室三卷一九二頁内田文昭過失共犯論参照)」

「これを本件事故で検討してみると、前記認定の如く、本件事故当時被告人Xは本件事故現場にはいなかったこと、被告人はYに二七日と二九日にアドバルーンの掲揚と、繋留する場合はYに二七日と二九日にアドバルーンの繋留についての監視を指示したこと、Yは二七日アドバルーンの繋留についてアドバルーン株式会社の被告人の妻に電話連絡したこと、

Yはアドバルーンの繋留について水素ガスを抜くか抜かないかは独自の判断でやっていたことYは事故発生日にアドバルーンの繋留場所に四回しか監視に訪れなかったことが認められるので、共同実行の相互的な意思の連絡があつたことは認められない。うえ、被告人とYがそれぞれ不注意な行為に出でそれぞれの不注意が相互に影響しあうことによって全体として一個の不注意が形成され、それに基づいて結果が発生したとも評価することはできない。」

二「また、被告人は、アドバルーンの掲揚繋留についてこれを管理する立場にあつたには違いないが、現実に発生した事故との関係においてこれを見た場合、現実にアドバルーンを掲揚し繋留する業務をしていない被告人自身に当該事故の発生を予測することができこれを防止することができる立場にあつたとは限らないし、これを関係者の意思の点よりみても、現実にアドバルーンを掲揚し繋留する業務を担当している者は、自己の業務執行中発生した事故についての刑事上の責任を自己が負うつもりで業務を執行するのがう(む―著者注)しる通常であるということができるからであり、業務の執行を管理する者がその業務の執行に従業員に委ねた後従業員の業務の執行については刑事上の過失責任を問われるためには、従業員の業務の執行が未熟であるとか、その者の業務の執行が事故発生につながることを明らかに予想され、従業員の業務の執行を中止させ自ら業務の執行にあたるのが相当とするような事情のあつた場合、

あるいは、管理者が従業員に対し適切な指示助言により事故の発生を避けることができる性質のものであったというような特殊な事情を必要とする⁽¹⁾と解され、(同旨東京高裁昭和四五年一月二九日判決高刑集二三卷一号五四頁参照) 管理者の不注意が従業員の不注意と同格の関係において結果発生へと一体化していることを要し、相互に同格の形において不注意を促進しあい影響しあうことが必要と解するところ、前記認定事実からみると、特殊な事情が認められず、かつ、被告人の不注意とYの不注意と同格の関係において結果発生へと一体化しているとは評価することができず、むしろYの不注意の方が重いと認めるのが相当である。」

〔研究〕 一 本判決は、過失犯の共同正犯が成立しうることを肯定したうえで、本件ではその成立要件が充足されていないことを理由に、その成立を否定した。過失犯の共同正犯の成立またはその可能性を肯定した判例は既にあるが、これらにその成否に関する一事例を加えただけではなく、その論拠をかなり明確にしたうえ、特にその成立に「相互的な意思の連絡」の必要な場合と不要な場合とがあることを示した点で、極めて注目に値する。そのことによって、過失共同正犯の成立要件における「相互的意思連絡」の位置づけのみならず、その成立要件自体の検討が改めて迫られることになるからである。これと関連して、検察官による公訴事実(訴因)が、必ずしも明らかとはいえないにしても、アドバルーンを「Yをして十分看守させる

ことなく放置しておいた」点にXの過失不作為ありとするのに対して、本判決が、先ずXをYとの共同正犯に問えないかを検討した後に、X独自の過失責任を論じている点も興味深く思われる。なぜならば、Xによる単独正犯としての業務上過失致死罪不成立の論拠が、「Xの不注意とYの不注意と同格の関係において結果発生へと一体化しているとは評価することができ(ない)」とするものであり、過失共同正犯の不成立の根拠にもなりうるからである。⁽²⁾つまり、仮にここではXの過失間接正犯の成否が問題になっているのだとすれば、共同正犯不成立の根拠は間接正犯不成立の根拠でもありうることになる。さらに、本判決が、「この問題を論じるにあたって、決して避けて通ることのできないもの」⁽³⁾とされている内田文昭教授の過失共同正犯肯定論に依拠している点でも興味深いものがある。

二 大審院の判例は、共犯に関する総則は過失犯には適用しない、として過失共同正犯の成立可能性を実定法上・理論上は明示的に否定していた⁽⁴⁾(1)大判明治四四・三・一六刑録二七輯三八〇頁、(2)大判大正三・一二・二四刑録二〇輯二六一八頁、(3)大判大正一一・一〇・二三法律評論二卷三一号刑法四〇〇頁⁽⁶⁾⁽⁷⁾。しかし、これらの判例は、事実関係自体が必ずしも明らかでないため、過失同時犯か過失共同正犯かという二者択一を迫られて、後者を事実上も否定した、とまでは断定しえない⁽⁸⁾。反対に、過失共同正犯の成立を肯定したとも見える大審院判例もあった⁽⁴⁾(4)大判明治三二・六・一三刑録五輯六卷八頁、(5)大判大正二・一一・六刑録一

九輯一二三七頁⁽¹⁰⁾、(6)大判昭和一〇・三・二五刑集一四卷三三九頁⁽¹¹⁾⁽¹²⁾。し

たがって、大審院判例が過失共同正犯を実質的にも否定する立場をとっていた、と断定するには疑いがなお残るのである。ところが、最高裁は、有毒飲食物等取締令一条・四条一項後段について、共同正犯の成立を認めた⁽⁷⁾。最判昭和二八・一・二三刑集七卷一号三〇頁⁽¹³⁾。同令四条一項後段は、「過失ニ因リ」同令一条の規定に違反した者を処罰しており、同令一条一項は、メタノールを含有する飲食物の販売を禁止している。しかし、「販売」自体については、その性質からして過失が考えられな⁽¹⁴⁾いとすれば、同令四条一項後段にいう「過失」とは、飲食物にメタノールが含有することに対するものであることになる。だとすると、本罪は、過失犯と故意犯との結合犯で、いわゆる「混合した結果惹起の構成要件」⁽¹⁵⁾である。つまり、販売罪としては故意犯であるから、飲酒店の共同経営と液体販売についての意思連絡を根拠に共同正犯を認めたとも考えられる⁽¹⁶⁾。しかし、結果的加重犯の場合と同じく、本罪の過失犯の部分についても共同正犯の成立を認めない限り、その全体についての共同正犯も成立しえない。したがって、少くともその限りで、最高裁は過失共同正犯の成立を肯定したのであろう⁽¹⁷⁾。

三 その後、下級審には過失共同正犯の成否を巡る判例が現われる⁽¹⁸⁾。(8)名古屋高判昭和三一・一〇・二三高刑裁特三卷二二号一〇七頁⁽¹⁹⁾、(9)佐世保簡略式命令昭和三八・八・三下刑集七・八号八一六頁⁽²⁰⁾、(10)広島高判昭和三二・七・二〇高刑裁特四卷追六九六頁⁽²¹⁾、(11)秋田地判昭

和四〇・三・三二下刑集七卷三三三六頁⁽²²⁾、(12)京都地判昭和四〇・五・一〇下刑集七卷五号八五五頁⁽²³⁾。

(8)は、刑法一一六条一項の共同正犯の成立を肯定した。被告人X・Yが「事務室に素焼こんろ二個を持込み之をラワン材敷台の上に置き普段より多量に炭火を入れて連続使用する場合には右ラワン材が過熱の為発火する危険があるのに右使用後炭火が完全に消火したことを確認しないで帰宅した」という「不作為」が実行行為とされたのである⁽²³⁾。だが、失火の原因たる先行行為はX・Yにより分担・補充されていた。各行為が独立して失火と因果関係をもつとの認定も困難な場合であったから、共同正犯が考えられたのであろう。

(9)は、刑法一二九条一項後段の共同正犯の成立を肯定した。当該船舶の運航がX・Yの協力なしには可能でなかったとすれば、Xの操舵とYの機関操作とは同船破壊の共同原因をなしている。同判決は、X・Yの共同運航自体を過失とするが、同船の坐礁が専らXの操舵の誤り（実行行為）によるとすれば、Yに過失（共同）正犯の罪責を認めるのに充分ではない。Yをも正犯とするには、結果発生に一条件を与えただけでなく、Xの実行行為に結果発生に向けて一体的に共同したという客観的關係（実行共同）とXの操舵の誤りによる坐礁がYに予見しえたことが必要であらう。

(10)は、二二一条の共同正犯の成立を肯定した原判決には、過失競合を共犯として刑法六〇条を適用した法令適用の誤りがあ

る、として業務上過失致死罪の単独正犯の成立を認めた。外科医X・Yは患者Aを共同して診察治療したが、Xの提案によりAに全身麻酔を施すことになり、その正当な指示にもかかわらず、看護婦Zが注射液の誤認によりクロロホルムをAに注射して中毒による心臓衰弱死をさせた事案である。同判決は、本件が過失競合にすぎないとするのみで、およそ過失共同正犯を否定する趣旨が否かは明らかでない。しかし、過失犯にも厳格的正犯論が妥当すべきであるならば、直接には注射をしなかったXにも、同罪の実行行為が認められる、とする積極的な理由づけが必要である⁽²⁴⁾。同じ問題は、医師と看護婦の過失に関する北大電気メス禍事件⁽²⁵⁾でもありうる。ここでは、直接の作為実行行為を欠くXには、「間接正犯」または本件状況における医師としての地位とZへの指示に由来する「不作為正犯」の罪責を考へることも必要にならう。

④は、実行行為の共同および意思連絡を欠くから過失共同正犯の理論を適用するのは相当でないとして、刑法一一七条の後段の単独正犯の成立を肯定した。監督者Xと従業員Y・Zによる工事中の木造建物屋上での喫煙のいづれかに起因して火災が発生した事案である。ここでは、失火の具体的危険ある喫煙(実行行為)は、各行為者により独立になされ、共同されておらず、相互に心理的・物理的に影響し合うという因果共働も認められない。だとすれば、各人の実行行為と本件火災との因果関係は確定しえないから、Xも不可罰的未遂に留るはずであ

る。ところが、同判決は、X自身の注意義務違反またはY・Zへの監督義務違反のいずれかが結果との因果関係を持つという択一的認定により、Xの行為と結果との因果関係を肯定した。監督義務違反という構成でばかされているが、Xは「従業員に対し屋上での喫煙を禁止せず、むしろこれを放置」した過失不作為正犯の罪責を択一的に問われたのである。

⑫は、刑法二二一条前段の共同正犯の成立を肯定した。踏切道における列車と他の交通関与者との事故の防止措置が警手X・Yによってとられなかったことにより、そこに進入してきた乗用車の右側面に機関車前部が激突し、乗用車の運転手Aと同乗者Bが死亡した事案である。つまり、X・Yの過失不作為犯が問題となる。不作為犯では、結果発生に向けて直接に働きかける行為を欠くため、実行行為とその共働を把握するのが難しい。各人がその作為義務に違反した以上、同時犯のみが成立する、との考えもある⁽²⁶⁾。しかし、ここではXの不作為がYの不作為に影響を与え、それによって結果回避措置がとられなかったという因果関係が認められる。X・Yは単独でも結果を回避しえた。しかし、一人でも持ち上がる木材を二人で持ち上げて屋根から落下させて通行人に傷害を負わせた場合と異なるところはない⁽²⁷⁾。ともかく、同判決は、過失共同正犯における意思連絡の意義について説示したのみならず、これを「他の者の行為を利用しようとする意思」または「他の者の行為に自己の行為を補充しようとする意思」としたことから、「片面的」共同正犯

を肯定する余地すら残したのである。

これらの判例の検討により注目すべきは、(8)・(9)の判例では「意思連絡」の認定なしに過失共同正犯の成立が肯定され、反対に(11)の判例では「(暗黙の)意思連絡」が認められるはずなのに、過失共同正犯の成立が否定されていることである。

かくして、本判決は、(12)の判例を一步進めて相互意思連絡なき過失共同正犯の成立可能性を肯定するばかりか、(8)・(10)・(11)・(12)の判例と同じく、過失「不作為」の共同正犯の成否が問題となり、(10)・(11)の判例でも問題になっていた共同正犯と間接正犯との関係を一層明確に示唆する点でも、極めて重要であろう。

四 学説上、過失共同正犯の「概念」を肯定すべきか否かは、一般には従来、行為共同説と犯罪共同説との対立の帰結であると解されてきた⁽²⁸⁾。だが、両説の内部でも理解が分かれ、その対立点はそれ程鮮明なものとはいえない。しかし、行為共同説は、「共同ナル事実ハ犯罪事実ノ法律上ノ構成ヲ離レテ考フヘク、即チ、共同関係ハ或ハ数個ノ犯罪事実ニ跨リテ成立スルコトアルヘク、或ハ単ニ一個ノ犯罪事実中ノ一部ニ限ラルルコトアルヘシ」⁽²⁹⁾と主張する。単一の構成要件に制約された範囲内でのみ行為の共同を考えるべきではない、とするにすぎない。構成要件上重要でない行為の共同で足りるから実行行為の共同は不要であるとするのではない⁽³⁰⁾。つまり、両説の対立は、「実行行為の共同」の要否にあるのではない。それは、同一構成要件内での実行と故意の共同を必要として、複数行為者の行

為を「連带的」に合一して同一構成要件の「共同正犯」の成立を認めるか(犯罪共同説)、実行共同を媒介としながらも、各行為者の行為の違法性と責任に応じて「個別的」に異なる構成要件の正犯の成立を認めるか(行為共同説)、にある。犯罪共同説は、同一行為を構成要件的に分断して共同正犯を認めざるをえない点で疑問である。だがそこでも、少なくとも罪名同一性の要求が充足される限りでは、過失共同正犯を認める余地が残る。つまり、共同正犯の客観的な要素である実行と因果の相互・補完作用は、故意・過失という主観の差に関係しないならば、過失共働にも認めうる。

犯罪共同説が過失共同正犯を否定する根拠は、実行共同の欠如にでなく、故意共同の欠如に求められよう。しかし、故意犯ではない過失犯の共同正犯の成立要件に、「故意」の意思連絡を要求することは、本来不可能な無理難題である。つまり、過失に故意であることを要求する二律背反である。故意(の意思連絡)が欠けるから、過失(の意思連絡)はない、とするのは同義反復に過ぎない。共同正犯には「故意」の意思連絡がなぜ必要なのかを論証する必要がある。だとすると、なぜどのようにして「意思連絡」が共同正犯を基礎づけるかが問題となる。通説も、おそらく、「相互に、他人の行為をも自己のものとして自己のうちに帰せしめようとする意思のつながり」⁽³¹⁾という相互的意思連絡が各行為者の部分行為を統一的な実行行為と結果へと融合させる、と考えるのであろう。過失は、結果発生の際然

的認識または認容を欠くだけで、無意識・意思を意味しないから、右の意思連絡は過失犯でも当然に存在しうる。⁽³²⁾ 過失犯では、その性質上、他人の行為の「結果」をも自己に帰属せしめる意思が欠けるにすぎない。この意思を過失犯に要求することは、再び過失に故意を要求することになる。それにもかかわらず、共同意思主体説・犯罪共同説が一般に故意共同を要求するのは、両説が個人責任を超える、犯罪実現に向けて協心する共同主体または共同行為を共同正犯に不可欠と考えるからであらう。⁽³³⁾

これと異なり、過失犯の本質は、行為の意識的部分でなく、その無意識的部分たる意識下の人格にあるから、意識的部分の意思連絡は過失共同正犯を基礎づけえない、とする見解⁽³⁴⁾がある。だが、過失の本質を無意識に求める見解は、意思行為責任を逸脱する点で、疑問である。⁽³⁵⁾ 確かに、不注意つまり結果予見可能性の共同を意思連絡に求めるならば、前述の意思連絡にはそれを欠く。そこには、不注意な「行為」⁽³⁶⁾の意思連絡があるのみで、「不注意」の意思連絡はない。⁽³⁷⁾ 不注意たる過失は、行為者に個別的に存在しなければならない。だが、同じことは故意についていえる。したがって、その意味では過失共同がありえないのと同じく、故意共同もありえない。⁽³⁷⁾ 責任は連帯しえないからである。そうだとすると、(相互)意思連絡を共同正犯に不可欠な責任要件とすること自体に疑問が生じる。相手が自己の意思を認識していることは、当該行為者の意思(責任)には無関係な外部的事情であって、相手の責任にとってのみ重要な

事情にすぎない。⁽³⁸⁾ 自己に支配不能な相手の認識如何により、自己の共同正犯としての「責任」が決定されるのだとすれば、(個人)責任主義に反することになる。

意思連絡は、共同正犯の責任要件ではないが、共同正犯の違法要件ではありうる。意思連絡行為によって初めて、一方の行為が他方の行為へ心理的影響を与え、いわゆる実行行為による結果への因果関係をもつこともあるからである。⁽³⁹⁾ つまり、意思連絡行為は、客観的行為共同を基礎づける一要素でしかないから、相互の行為利用関係が客観的に存在する場合には、不要となる。そして、その認識が各(共同)正犯者の責任要件となるにすぎない。意思連絡が客観的行為共同に還元しえない共同正犯に不可欠な要件であるならば、これを主観的違法要素と解するしかない。しかし、行為に客観化されず、客観的行為共同に影響力を持たない超過的内心傾向を共同正犯の要件とするのは、行為者の思想を処罰することになる。それにもかかわらず、一般に相互意思連絡が共同正犯に不可欠の要素とされるのは、犯罪共同説が各行為者の行為を合一した「単一の実行行為」から、共同意思主体説が共同主体による「単一の実行行為」から、それぞれ同時に、「複数の正犯」を基礎づけようとするからである。⁽⁴⁰⁾ だが、行為共同説を一貫して、個人責任の原理から、共同した各行為者の正犯性を個別的に確定するならば、「相互」意思連絡の存在は必ずしも共同正犯の要件でない。不法共同を共同正犯の基礎と考える限り、意思連絡の存否も故意・過失の差異も共同

正犯の成否に決定的な影響力を持たない。

五 本判決は、内田教授の見解に従って、「過失犯の特質」から相互意思連絡なしでも過失共同正犯が成立しうることを肯定した。かつて、内田教授も、意思連絡の存在により共同正犯と同時犯とを区別された⁽⁴¹⁾。しかし、後に、「過失共同正犯の中核は、『意思の連絡』そのものに存するのではなく、『意思の連絡』に基づいた『不注意な行為の共同』に存するのであるから、いわゆる『分業』・『協業』が行なわれている場合には、特に明示的な『意思の連絡』なしにも暗黙の『意思の連絡』は存在するわけであり、従って、『不注意な行為の共同』ありとして、過失共同正犯に問われる場合もまた充分考えられるのである⁽⁴²⁾。」とされた。さらに最近では、「共同正犯を決定づけるのは、共同行為に対する『客観的帰責』なのであり、『主観的帰責』ではないのである。構成要件に該当する違法な行為の共同ありという『客観的評価』なのである。一四歳に満たない少年が共同正犯の一員をなすような場合にも、主観的帰責はできないが、共同正犯としての客観的帰責は可能なのである。」⁽⁴³⁾とされる。意思連絡が心理的影響力をもたない責任無能力者との共同正犯の成立をも肯定するならば、⁽⁴⁴⁾当然に意思連絡は共同正犯の要件ではない。だとすれば、共同正犯と同時正犯との区別をどこに求めるかという問題が再び生じる。しかし、厳格的正犯論からして、「正犯」の要件を充足しうる場合のみに、共同「正犯」・同時「正犯」が成立するのだとすれば、その区別はそれ

ほど重要ではない。⁽⁴⁵⁾各行為者を個別的に考察する限り、いずれも単独正犯なのである。⁽⁴⁶⁾その限りでは、刑法六〇条も注意規定である。⁽⁴⁷⁾あえて、六〇条の適用範囲を画定するとすれば、客観的行為共同とその意思または予見可能性がある場合となろうか。したがって、一方的(片面的)共同正犯も肯定されよう。⁽⁴⁸⁾この点で、共同正犯を、一定の範囲で間接正犯、残る範囲で直接正犯と構成する見解に、なお魅力を感じる。⁽⁴⁹⁾

本判決がXの共同正犯と同時に単独(間接)正犯としての罪責を否定したのも、正犯である限り実質的に共通・固有の要件を必要とするとの視点からすれば、興味深い。

六 まず、本判決は、不注意な行為の相互意思連絡および相互の影響がないとして過失共同正犯の成立を否定した。すなわち、本件は過失不作為の客観的共同⁽⁵⁰⁾すら欠く事案なのである。

本件では、被害者たるKとMが、地上に繋留したアドバルーンの上に乗った時点で初めて、両名の死の具体的危険が発生したといえる。その時点を実行の着手時と考えると、XとYにはせいぜい不作為の実行行為があるにすぎない。それゆえ、検察官も、過失作為義務違反を主張したのである。⁽⁵¹⁾しかし、過失と作為義務とは区別されねばならない。X・Yには、アドバルーンを当該場所に運び、その繋留等を指示またはそれに従って実施したという先行行為およびその監督者としての地位から、保障人的地位が認められるとしても、K・Mの死の危険の時点では、これを防止する行為に出ることは、その現場にいな

かつたX・Yには不可能であった。その先行行為たるアドバルーンの搬入または繋留の時点では、直接の具体的危険またはそれへと発展する具体的危険も存在しなかった。したがって、その時点のX・Yの行為は実行行為でもその原因行為でもなかった。それゆえ、アドバルーンの搬入が共同でなされたという事実もX・Yによる(共同)実行行為を基礎づけることにはならない。

つぎに、本判決は、Xの過失単独正犯の罪責をも否定した。ここでも不作為犯における作為義務が問題になる。そこで、本判決は、被告人に本件結果を予見し結果を防止可能な立場にあったとは限らないとして、いわゆる保障人的地位または作為義務を否定した。ここで作為義務の問題が意識されているかは不明である。しかし、作為義務・保障人的地位の問題は、行為者の主観(結果予見可能性)に関係なく客観的に決定されるべきだと思われる。本件のようにXにもYにも不作為がある場合には、作為義務を誰に認めるべきかが問題となる。本判決は、現実直接に危険業務に従事した者に原則的に作為義務があるとしたものであろう。その根拠の一つとして、関係者の意思をあげている点も興味深い。さらに、例外的に業務管理者が従業員の行為の結果に「過失責任」を負う要件として、(1)従業員の行為による結果発生の予見可能性の明白性、および(2)その行為を中止させ自らその行為をすべき相当な事情の存在、または、(3)従業員の行為を通じての結果回避可能性をあげている。ここでも、右

の要件が業務管理者の過失(間接正犯)と作為義務(不作為正犯)のいずれを基礎づけるのが問題となる。しかし、従業員の行為を経由した要件が掲げられていることから、本判決は従業員の行為を「実行行為」として、その間接正犯者として管理者を位置づけているのであろうか。それゆえ、(1)・(3)の要件は、「過失」不作為直接正犯のものでなく、過失「不作為」間接正犯⁽⁵²⁾の「作為義務」として妥当するものであろう。なぜなら、(1)の因果関係が「明らかに予想される」との要件は、客観的な因果予測を意味すると思われる。行為者の主観的予見可能性には不要と思われるからである。さらに、管理者と従業員の「不注意の同格的な結果発生への一体化」と両者の「不注意の同格的な相互促進・影響関係」は、過失正犯の行為支配または因果共働を意味し、他人の不注意な行為に対して背後者・共働者が正犯責任を負うための要件であらう。そして、この要件は「過失共同正犯」にもそのまま妥当しよう。なぜならば、「間接正犯」と「共同正犯」とは、縦の共犯と横の共犯として区別しえても、「正犯」である限り、固有の正犯要件において共通すべきだからである。なお、本判決が述べる「同格的」という要件は、教唆・幫助と区別して、各行為者を共に正犯者とする場合にのみ意味をもつと思われる。本判決は、右の厳格な要件を充足しない限り、管理者・監督者は従業員の不注意な行為への罪責を負わない、とした点で注目し値する。

そこでは、厳格的正犯論から過失共働における行為者の罪責

が論じられているのである。

七 本判決の認定によれば、アドバルーン業界においては、本件事故のようにビニールを破られたという事故は一度もなかった、とされている。未知の事故の場合には、基本的な因果経過の予見が可能であって初めて、結果予見が可能となる。本件行為者には、被害者たる子供が繫留中のアドバルーンの上で遊ぶことの予見をも欠く以上、ビニールが破られて、その中に子供が落下することを予見しえなかった。したがって、そこからはい上がれずに水素ガスで窒息死する因果経過は勿論、およそ子供の死の結果を予見しえなかったのである。それゆえ、Xに「不測の事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務」を検察官が公訴事実中で要求したのは、極めて疑問である。本件Xは過失を欠く。その点からも、本判決がXの業務上過失致死罪の刑責を否定したのは、結論的にも支持できると思われる。

- (1) 本判決が引用する東京高判昭和四五・一・二九高刑集二三卷一
号五四頁に関して、内田文昭「過失共犯論」別冊ジュリスト法学
教室八第二期V三号(昭四八)一九二頁以下における所説参照。
なお、同判決と反対に、技術未熟な運転無資格者に運転を委ねて
同乗する自動車運転者の業務上の注意義務違反を肯定した例とし
て、札幌高判昭和四〇・三・二〇下刑集七卷三三五三六頁参照。
- (2) 内田文昭・前掲誌一九五頁は「共同正犯といえるためには、な
んらかの意味で不注意であったというだけでは不十分なのであっ
て、自己の不注意が、共同者の不注意と同格の関係において、結

果発生へと一体化していなければならないのである。」とされる。

- (3) 山火正則「内田文昭著『刑法における過失共働の理論』」神奈
川法学九卷三号(昭四八)六二頁。なお、同助教教授は、「しかし、
このような単に運転する行為について、これを『相互に』自己の
ものとして自己のうちに『帰せしめようとする』意思があるとい
えるのかやはり疑問である。」さらに、「たとえば結果発生の大
険が高度な状況のなかで、スピード運転を継続するだけで、特定
の構成要件を実現する過失犯の実行行為があったといえるのかに
ついて疑問を全面的に消すことができない。」とされ、この問
題について消極的な態度を示している。

- (4) 同判決は「被告等ハ共同的過失行為ニ因リテ他人ヲ死ニ致シタ
ルモノナレトモ共犯ニ関スル総則ハ過失犯ニ適用スヘキモノニ非
(ス)」とする。しかし、この第二判示事実が第一判示事実に連続
するものであるとすれば、「被告等ハ共謀ニ出テスシテ同時ニ他
人ニ対シテ暴行ヲ加ヘ因テ之ヲ傷害シ而シテ其害ノ軽重ヲ知ルコ
ト能ハサルモノ」で、その「共同的過失行為ニ因リテ他人ヲ死ニ
致シタルモノ」であることになる。つまり、被害者の死の原因た
る傷害を行為者のいずれが加えたか不明な事案だとすると、過失
同時正犯ではなく、少なくとも過失共同正犯によらなければ、行
為と結果との条件関係を確定できず、被告人等を過失致死罪に処
断できなかったことになる。したがって、右の仮定が正しいとす
れば、同判例は過失共同正犯の成立を実質的には肯定していたこ
とにもなる。

- (5) 同判決は、被告人たる機関手が遠方信号機の灯火が消滅し車掌
の指示もないので除行せずに列車を進行させたために貨物列車に

衝突させて乗客多数を殺傷するに至った事案について、「二人ノ共同過失ニ因リ他人ヲ死傷ニ致シタル犯罪ハ共犯ニアラス」とした。しかし、「故ニ之ニ関シテ生シタル公訴訴訟費用ニハ刑法施行法第六十七条ノ適用ナキモノトス」とするだけで、被告人を刑法二二一条で処断したとはいえ、過失共同正犯の成否を正面から論じた判例ではない。

(6) 同判決も、列車による死傷事故に関するものと思われるが、「過失犯ニハ共犯關係ヲ認ムルニ由ナキカ故ニ自己及他人ノ過失カ傷害ノ共同原因ヲ為シ他ノ共同過失者カ傷害ヲ被リタルトキハ之ニ対シ責ヲ負ハサル可ラサルモノトス」とした。しかし、同判決は、共同過失者兩名をも被害者であると認定した「原判決ハ自己ニ対スル傷害行為ヲ有罪ト判定シ(タ)不法あり、とする上告趣意に対してなされたものにすぎず、結局は「他人ニ傷害ヲ被ラシメタル以上ハ其被害者カ共同過失者ナルト否トヲ問ハス右傷害ニ付テハ各自其責ヲ負ハサル可ラサルモノトス」(傍点筆者)と判示しているのであるから、前掲判示は「傍論」にすぎないといえるのではあるまいか。

(7) 内田文昭「過失と共犯」総合判例研究叢書刑法(昭四〇)一四四頁以下参照。

(8) 前注(4)~(6)参照。

(9) 同判決は「被告等カAノ身体ヲ打撃シテ遂ニ死ニ致シタルハ…決シテ同人ヲ害スルノ意思ニ出テ殴打致死シタルモノト為スニアラサルヲ以テ其事實ニ対シ刑法第三百七条ヲ適用シテ処断シタルハ相当」とした。だが、旧刑法三一七条自体が故意犯と過失犯との結合犯のような規定であった。

(10) 同判決は、雇人A・Bが法定の比重を有しない牛乳五升を販売したことに対する共同営業者X・Yの牛乳営業取締規則(明治三三・四・七内務省令一五号)二条一項・七条五号・一八条二号・二〇条二項違反について、「被告(X)カ右Yト共同シテ本条ノ違法行為ニ及ヒタル事ヲ認メタル以上各自ニ其刑ヲ科スヘキハ当然」とした。しかし、本罪自体が、行為定型の不明確な「営業犯」で「転嫁罰規定」であるともされ、しかも、(4)・(7)の判例における規定と同じく故意犯と過失犯との結合犯的性格を有しているのである。なお、本件を共同正犯と理解するものとして、美濃部達吉・行政刑法概論(昭一四)八七頁参照。

(11) 同判決は、被告人兩名に刑法二二一条・六〇条を適用・処断した原判決を、「被告兩名カBニ対シ擦過傷ヲ負ハシメ業務上注意義務ヲ欠キタル為メ該擦過傷ヨリ細菌ヲ侵入セシメタリト認定シタルコト明白ナルヲ以テ所論ノ点ヲ判示スルノ要ナク從テ原判決ハ理由不備ノ違法アルコトナシ」として是認した。なお、上告趣意はいずれの行為者の行為によって結果が発生したのか不明であるから、原判決には理由不備の違法あり、とするものであった。したがって、過失同時犯の成立は、各実行行為と結果との因果關係を要すると解する限り、無理な事案だったといえよう。なお、過失共同正犯肯定論の立場から、小泉英一「業務上過失致死と共犯」法学志林三七卷一二号(昭一〇)八一頁、佐瀬昌三「過失犯に於ける共同正犯の成立」法律論叢一四卷一一号(昭一〇)六八頁、共同意思主体説による過失共同正犯否定論の立場から、草野豹一郎「過失犯と共同正犯」刑事判例研究三卷(昭一二)八五頁の本件判例研究がある。

(12) 内田文昭・前掲書一四五頁以下参照。

(13) 同判決は「原判決は、……右のごとき出所の不確かな液体を客に販売するには『メタノール』を含有するか否かを十分に検査した上で販売しなければならぬ義務のあることを判示し、被告人等はいずれも不注意にもこの義務を懈り、必要な検査もしないで、原判決液体は法定の除外量以上の『メタノール』を含有しないものと軽信してこれを客に販売した点において有毒飲食物等取締令四条一項後段にいわゆる『過失ニ因り違反シタル』ものと認めたものであることは原判決文上明らかである。しかして、原判決の確定したところによれば、右飲食店は、被告人兩名の共同経営にかかるものであり、右液体の販売についても、被告人等は、その意思を連絡して販売をしたものであるから、此点において被告人兩名の間に共犯関係の成立を認めるのを相当とする」(傍点筆者)とした。なお、「過失犯には共同正犯を認むべきものではないと信ずるから、本件に刑法六〇条を適用した原判決は……破棄すべきものである」との少数意見が付されていた。過失共同正犯否定論からの本件判例研究として、平場安治「過失共同正犯―それはあり得るか」法学論叢五九卷三号(昭二八)一一五頁、斎藤金作「過失犯の共同正犯」共犯判例と共犯立法(昭三四)八八頁参照。

(14) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭五〇)三九四頁参照。

(15) H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW., Bd. 58. (1938), s. 556.; 井上正治「過失犯と共同正犯」判例にあらわれた過失犯の理論(昭三四)三三四頁。なお、西村克彦・犯罪形態論序説(昭四一)二二三頁、時武英男「過失犯の共同正

犯」判例演習刑法Ⅰ(総論)(昭四七)二九三頁参照。

(16) 植田重正「過失犯と共同正犯」関西大学法学論集三卷三号(昭二九)一一八頁(ただし、過失共同正犯肯定説)、小野清一郎「過失犯の共同正犯ということがあるか」刑事判例評釈集一五卷(昭三五)五頁。なお、本件では過失同時犯の成立を認めることも可能だとする見解として、団藤重光「過失犯と人格責任論」日沖還暦・過失犯(昭四一)八四頁、西村克彦・前掲書二三五頁、時武英雄・前掲書二九四頁、鈴木茂嗣「過失の共同正犯」ジュリス増刊刑法の判例(昭四二)一一八頁など。

(17) 内田文昭「過失共同正犯の成否」北大法学会論集八卷三・四号(昭三三)一頁、同「過失犯の共同正犯」別冊ジュリスト続判例百選(昭三五)九九頁、同「過失の共同正犯」別冊ジュリスト法学教室六号(昭三八)一一六頁、同「過失と共犯」前掲書一六〇頁、同「過失の共同正犯」刑法基本問題六〇講(増補版・昭四四)四五八頁、同「過失犯の共同正犯」法学演習講座刑法総論(昭四五)三四六頁、同「過失犯の共同正犯」刑法の基礎(入門編)(昭五〇)一七六頁、同「過失致死と共同正犯」判例と学説・刑法Ⅱ(昭五一)五三頁、木村亀二「過失の共同正犯」判例演習刑法総論(昭三五)一七九頁、中義勝「過失犯の共同正犯」別冊ジュリスト刑法判例百選(昭三九)八三頁、高橋敏雄「過失の共同正犯」別冊ジュリスト続学説展望(昭四〇)一五四頁、鈴木茂嗣・前掲誌一一七頁、石川才顕「過失犯の共犯」演習刑法総論(昭四六)二三四頁(ただし消極説)、西本晃章「過失犯の共同正犯」刑法総論判例ハンドブック(昭四七)八四頁(ただし消極説)、西原春夫「過失犯の共同正犯はありうるか」刑法二〇〇題

- (昭四九) 六八頁、萩原玉味「過失犯の共同正犯」ジュリスト増刊刑法の争点(昭五二) 一二三頁、なお井上正治・前掲書三二四頁、藤木英雄「刑法総論の諸問題(八)」警察学論集二二卷三二二六頁・新版刑法演習講座(昭四五) 二二四頁は、本判例を「共謀共同正犯の理論」からの帰結とする。
- (18)・(19) 内田文昭「過失と共犯」前掲書一六二頁以下参照。
- (20) 内田文昭「看護婦静脈注射過誤と共同担当医の責任」別冊ジュリスト医事判例百選(昭五一) 一八頁参照。
- (21) 内田文昭「過失共犯論」前掲誌一九四頁参照。
- (22) 内田文昭「踏切警手の注意義務」別冊ジュリスト交通事故判例百選(昭四三) 二二八頁参照。
- (23) 井上正治・前掲書三二五頁は「素焼のコンロを過熱したまま、床上におくことじたいに、過失としての違法な行為を求め」うるとされる。しかし、その段階で失火罪の実行の着手ありとされるならば、疑問であろう。
- (24) 内田文昭「過失と共犯」前掲書一六七頁。
- (25) 札幌地判昭和四九・六・二九刑裁月報六卷六号七四二頁、札幌高判昭和五一・三・一八高刑集二九卷一号七九頁。患児の火傷結果への実行行為は、医師による電気メス器の執刀にあるのか、看護婦による電気メス器へのケーブル誤接続自体にあるのか。後者にまたは両者を併せて初めて実行行為が認められるならば、医師は、ケーブル誤接続による傷害を予見しえたのみではならず、さらに誤接続を防止する保障人的地位・作為義務の存在により、不作為正犯または間接・共同正犯としての要件を充足して初めて、過失責任を負うことになるのではないか。結果予見可能性と作為義務とは区別されるべきである。
- (26) 島田武夫・日本刑法新論(総則)(大一一三) 三五六頁、泉二新熊・日本刑法総論(四三版・昭八) 六三六頁。なお、平井彦三郎・刑法論綱総論(昭五) 五九九・六〇〇頁は過失不作為の共犯のみを否定する。さらに、不作為と共犯に関しては、西村克彦「不作為による補助」共犯の分析(昭四二) 一一一頁、阿部純二「不作為による従犯」刑法雑誌一七卷三・四号(昭四五) 一頁・一八卷一・二号(昭四六) 七一頁、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の研究」同誌一八卷一・二号(昭四六) 四頁、平野龍一・前掲書三九五頁、内田文昭・刑法I(総論)(昭五二) 二九五頁および後注(50) 参照。
- (27) なお、萩原玉味・前掲誌二二三頁は、このような場合には同時犯として処理が可能である、とされる。Vgl. R. D. Herzberg, Täterschaft und Teilnahme (1977), S. 56 ff., S. 72 ff.
- (28) その検討については、内田文昭・刑法における過失共働の理論(昭四八) 三五頁以下、鈴木茂嗣「過失の共同正犯」ジュリスト増刊刑法の判例第二版(昭四八) 一二七頁参照。なお、共同意思主体説と過失共同正犯との関係については、後注(33)・(40) 参照。
- (29) 牧野英一・日本刑法上巻総論(昭一四) 四〇九頁。
- (30) 牧野英一・刑法総論(昭二九) 四一九頁、宮本英脩・刑法学粹(昭六) 三九一頁、同・刑法大綱(昭一〇) 一九四頁、植田重正・刑法要説(昭二四) 二二三頁、木村亀二・刑法総論(昭三四) 四〇四頁、同・犯罪論の新構造(下)(昭四三) 二四九頁、平野龍一・前掲書三六四頁、佐伯千仞・改訂刑法講義(総論)(昭四九)

三三二頁参照。

- (31) 内田文昭・前掲書八頁。
- (32) 大場茂馬・刑法総論下巻(二版・大六)一〇二三、四頁、吉田常次郎・日本刑法(大一四)一三五頁、小泉英一・刑法要論(総論)(昭一五)二二八頁、木村亀二・新刑法読本(昭二五)二七二頁など、反対・滝川幸辰・犯罪論序説(昭二二)二二九頁(「補充し合う行為によって一つの結果に到達しようとする決心が共同正犯の綜合的要素」であるとされながらも、「結果を共同して引起そうとする部分行為を含む決心」つまり「故意」の意思連絡を要求される。)、井上正治・刑法学(総則)(昭二六)二二七頁(「一定の結果を実現する『行為支配』の意志が欠ける」)、荏子邦雄・刑法総論(昭四〇)二八八、九頁(「結果実現にむかって意思を統一することが必要である」)。この意味では、共同意思主体説の立場から過失共同正犯を否定される植松正・再訂刑法概論I総論(昭五〇)三七〇頁の指摘されるように、共同意思主体説は犯罪共同説の一つの適用と見ることもできる。
- (33) 共同意思主体説の立場から過失共同正犯を否定するものとして、草野豹一郎・刑法総則講義(昭一〇)二〇〇頁、齊藤金作・刑法総論(改訂版・昭三〇)二二三頁、植松正・前掲書三〇五頁、西原春雄・刑法総論(昭五二)三三六頁。なお前注(32)および後注(40)参照。
- (34) 団藤重光・刑法綱要総論(昭三二)二九九頁、同「過失犯と人格責任論」前掲書六五頁以下、大塚仁・刑法概説(総論)(昭三八)一九六頁、西本晃章・前掲書八五頁。
- (35) 過失の本質を意識的部分に求める立場から、内田文昭「過失共
- 同正犯論の反省」刑法雜誌一五卷二号(昭四二)二五一頁以下、同・前掲書二二二頁以下参照。
- (36) 大塚仁「過失犯の共同正犯」注釈刑法(2)のⅡ(昭四四)七三五頁。
- (37) 平野龍一「刑法の基礎」法学セミナー一四二号(昭四三)三〇頁、鈴木茂嗣・前掲誌二二九頁参照。
- (38) 牧野英一・日本刑法上巻総論四四四頁、市川秀男・刑法総論(昭三六)二九八頁、植田重正「片面的共同正犯」齊藤選磨・現代の共犯理論(昭三九)二三三頁以下、沢登佳人「片面的共犯」ジュリスト増刊刑法の判例第二版一一四頁、佐伯千切・前掲書三四八頁など参照。なお、中義勝・刑法総論(昭四七)二三四頁は、過失犯には片面的共同正犯が考えられないとする。
- (39) 平野龍一・刑法総論Ⅱ三九二頁。だが、同教授が片面的共同「正犯」を認めながらもこれを間接「正犯」としえないとされるのは、佐伯教授がおよそ間接「正犯」を否定しながらもこれを共同「正犯」に還元されるとされる(前掲書三四九頁)のと同様に、奇妙にも思われる。なお、K. Binding, Die Drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Versucher ("Urheber") und Gehilfe, GS., Bd. 71. (1908), S. 11. は、未だ決意していない者に犯罪的決意をうへこむ場合にも共同正犯になるとする。自由に決意し実行している以上、背後者は正犯にならないというのは、実に奇妙な因果関係の切断ではないか。一定の誘因により他人を規定するのは、犯罪目的のための最も有効な手段である。規定者が実行者を有能な道具にすれば、実行者が誤ってしたか、意識的にか、奉仕者であったかはどうで

もよいことであると。勿論、教唆犯と正犯との明確な限界点は何かという問題は残る。

- (40) 下村康正・共謀共同正犯と共犯理論(昭五〇)三三頁以下参照、なお同書一七二頁は、過失共同正犯を否定するのが共同意思主体説からの論理的に一貫した結論であるとされる。反対・小泉英一・刑法総論(三訂版・昭四八)一九三・一八一頁参照。さらに、前注(33)参照。

- (41) 内田文昭「過失共同正犯の成否」前掲誌四頁以下(刑法における過失共働の理論七頁以下所収)。

- (42) 内田文昭「過失と共犯」前掲書一七一頁。

- (43) 内田文昭「過失致死と共同正犯」前掲書五八頁。

- (44) 江家義男・刑法講義総則篇(昭二四)三八〇頁、佐伯千似・前掲書三四八頁など。Vgl. Kohrausch-Lange, StGB, 43. Aufl (1961), S. 174.

- (45) E. Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, AT. (1975), S. 205, § 25 Rn. 56. は、同時正犯概念は不要であり、間接・共同正犯の要件がなしに、他人を利用する単独正犯なのだとする。H.-H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT., 2. Aufl. (1972), S. 516 9, 同時正犯の概念は共同正犯の対置物の総称で理論的意義をもたないとする。

- (46) Vgl. K. Binding, Das Subjekt der Verbrechen und die Satzungen des "Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" über die "Teilnahme", GS., Bd. 76. (1910), S. 99.; ders., Grundriss des deutschen Strafrechts, AT., 8. Aufl. (1913), S. 159.

- (47) 共同正犯規定を置かなかったドイツ一九〇九年刑法草案について、K. Binding, GS., Bd. 76, S. 89ff., 牧野英一「共同正犯に就て」刑法研究一卷(大八)一〇七頁以下参照。

- (48) 内田文昭・刑法I(総論)二八二頁注(1)は一方的共同正犯を同時犯とする。なお、前注(38)参照。

- (49) RG. St. Bd. 66, S. 240.; K. Binding, Grundriss., S. 147 u. 159.; ders., Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekt, S. 4f., S. 11ff.; R. Lange, Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf (1935), S. 55, S. 58f.; Kohrausch-Lange, a. a. O., n. I. C. vor. § 47; Schönke-Schröder, StGB, 16. Aufl. (1972), S. 355, Rn. 43. vor. § 47. この見解に対しては、内田文昭・刑法における過失共働の理論九頁注(7)は「無用な考え方」であるとされ、西原春夫「共同正犯における犯罪の実行」斎藤遺稿・現代の共犯理論一四四頁以下は、共同意思主体説の立場から、責任能力者への行為支配を認めえないとされ、中義勝「共同正犯の正犯性」同書一八三頁以下は、他人の行為を自分でなした場合と同視できるほど自由に支配しえないと批判される。同旨・植田重正・前掲書二四八頁。だが、共同正犯も間接正犯も「正犯」としての共通・固有の成立要件を充足しなければならないとすれば、全体的・連带的に考察すると正犯になるものが、分析的・個別的に考察すると正犯になりえないのは疑問である。責任能力者に対する間接正犯がありえないならば、責任能力者との共同正犯も同じではないだろうか。なお、前注(39)・(45)・(46)参照。

- (50) 不作为の共同正犯に関しては、目的的行为論より不作为故意は

存在しないから、共同の行為決意も問題にならないとして、これを否定する見解 (Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 189; G. Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA. 1959, S. III; H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, II. Aufl., 1969, S. 206) 各義務者が正犯者となるから、考えられても実益がないとする見解 (Schönke-Schröder, a. a. O., S. 356, § 47 vor. 48.; P. Bockelmann, Strafrecht, AT., 1973, S. 190 f.; P. Cramer, in Schönke-Schröder, StGB. 18. Aufl. 1976, S. 345, § § 25 vor. Rn. 88, S. 355, § 25 Rn. 49.) 例外的に意味をもつとする見解 (G. Stratenwerth, Strafrecht, AT. I. 2 Aufl. 1976, S. 293, Rn. 1067: 共同してのみ侵害しうる場合、例えば二人の異なる鍵を同時に使用してのみ他人が誤って監禁されている金庫が開く場合: H.-H. Jescheck, a. a. O., S. 518: 共同義務者が共同してのみ履行しうる場合、例えば一緒にすることが要求される夫婦の所得税通告——これは挙動犯であることに注意すべきである。); C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl. 1967, S. 469 f.: ドイツ刑法三四七条の法定義務のように単一の共同義務がある場合; E. Schmidhäuser, Strafrecht, AT., 1970, S. 563; E. Dreher, StGB., 36. Aufl. 1976, S. 118, § 25 Rn. 7: 複数の義務者がその違反を共同して決意する場合) 一般的にこれを肯定する見解 (R. Maurach, Deutsches Strafrecht, AT., 4. Aufl., 1971, S. 661: 各行為者が単一の結果防止義務をもつ場合; J. Baumann, Strafrecht, AT., 6. Aufl., 1974, S. 556: ドイツ刑法二五条以下の共犯規定は不作為犯にも妥当す

べきである。) などが対立している。だが、ここでは、Roxin と Schmidhäuser を除いて過失共同正犯を否定するから、過失不作為の共同正犯も同じことになろう。なお、前注 (26) 参照。

(15) 平野龍一「旅客の整理誘導などを取り扱う駅員の注意義務」警察研究四八巻九号 (昭五二) 五六頁。

(25) 過失共同正犯を肯定する木村亀二・前掲書四〇三頁、内田文昭・刑法一 (総論) 二七五頁注 (7); K. Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts, AT, S. 152 u. 155.; F. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, Festgabe für R. v. Frank, Bd. 1 (1930), S. 570.; C. Roxin, a. a. O., S. 538 ff.; E. Schmidhäuser, Strafrecht, AT., 2. Aufl., (1975), S. 520. は、過失間接正犯をも肯定する。不作為間接正犯を肯定する見解として、平井彦三郎・前掲書五八七頁、泉二新熊・前掲書六六六～六七頁、安平政吉・改正刑法総論 (昭二六) 三四五頁、小泉英一・前掲書二〇三頁、内田文昭・刑法一 (総論) 二二〇・二九六頁。W. Sauer, Das Unterlassungsdelikt, Seine Stellung im Gefährdungs- und Willens-Strafrecht, GS., Bd. 114 (1940), S. 20.; E. Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. (1949), S. 420.; R. Maurach, a. a. O., S. 643.; E. Schmidhäuser, a. a. O., S. 706 (ただし、不作為を利用する不作為間接正犯の成立を否定して、直接正犯のみが考えられる。) とする。なお、利用としては作為でも、結果に向けては不作為としての実行為の利用が考えられよう。) などがある。